

LA FINALIDAD DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA EN EL MARCO DE LA VIGENCIA DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA DEL IMPUTADO EN EL PROCESO PENAL PERUANO

AB. ERICKSON ALDO COSTA CARHUAVILCA¹

SUMARIO: I. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN: 1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA 1.2 OBJETIVOS 1.3 JUSTIFICACIÓN 1.4 HIPÓTESIS II DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN: CAPITULO I: MARCO HISTÓRICO 1.1 ESTUDIO HISTÓRICO DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA 1.2 ESTUDIO HISTÓRICO DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA CAPITULO II: MARCO TEÓRICO II.1 PRESUNCIÓN DE INOCENCIA II.1.1 La Presunción de Inocencia frente al Ius Puniendi del Estado II.1.2 La Situación Jurídica de Inocente en el Proceso Penal II.2 DETENCIÓN PREVENTIVA II.2.1 Conceptualización de la Detención Preventiva II.2.2 Criterios para la aplicación de la Detención Preventiva II.2.3 Finalidades de la Detención Preventiva A. Finalidad Procesal B. Finalidad Punitiva CAPITULO III: MARCO NORMATIVO: ANÁLISIS DE LOS PRESUPUESTOS DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA III.1 Fumus Boni Iuris III.2 Periculum In Mora CAPITULO IV: RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA: ¿CUÁL ES LA FINALIDAD DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA EN EL MARCO DE LA VIGENCIA DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA DEL IMPUTADO EN EL PROCESO PENAL PERUANO? CONCLUSIONES BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN:

La comunidad jurídica conceptualiza al Derecho Penal como un medio de control social formal, el más drástico de todos por la restricción de derechos fundamentales trayendo como consecuencia su aplicación frente a la comisión de ciertos actos, calificados como delitos.

Si el Código Penal establece las conductas que pueden ser objeto de una sanción penal (ya sea la pena privativa de libertad, multas, inhabilitaciones y medidas de seguridad principalmente), también existe el procedimiento a través del cual el Estado a través de un conjunto de actos va a determinar la culpabilidad de una persona por la posible comisión de un acto delictivo, esto es a lo que se denomina Proceso Penal.

PALABRAS CLAVES: DELITOS / SANCION PENAL / DEBIDO PROCESO.

I. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

I.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Teniendo como base a la Presunción de Inocencia como límite y principio rector de todo proceso penal, el maestro Alberto Binder² señala que éste es el principio más importante que debe regir todo proceso penal y más aun va al hecho que a través de la vigencia de este principio se puede conceptualizar el tipo de Estado que gobierna una sociedad, así planteada las cosas este principio entra en una gran contradicción con otra institución propia de todo proceso penal con gran arraigo histórico como lo es la Detención o Prisión Preventiva.

¹ Estudios de Maestría en Derecho, Mención en Derecho Procesal por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

² BINDER Alberto. Introducción al Derecho Procesal Penal. Ad Hoc. Argentina, Buenos Aires 1993. p. 121



La Detención Preventiva es una medida cautelar coercitiva de carácter personal, provisional y excepcional, que implica privar de la libertad ambulatoria a una persona posiblemente involucrada en la comisión de un acto delictivo, debido a la circunstancia que de seguir esta persona gozando plenamente de su libertad, pueda interferir o evadir la justicia.

La legitimidad y aplicación de esta medida sólo puede obedecer a fines de naturaleza procesal, señalan autores como Julio Maier³, Cafferata Nores⁴, y otros, quienes manifiestan que ésta sólo puede concebirse en un Estado Democrático y de Derecho con fines que obedezcan a asegurar el desarrollo y la eficacia del proceso penal, sin embargo otros autores como Francisco Carrara⁵, Giovanni Leone⁶ y Vincenzo Manzini⁷ manifiestan que esta medida defiende los intereses de la sociedad y por tanto, se convierte en un mecanismo de defensa social, atribuyéndole fines preventivos y retributivos.

En el Perú, el 2006, se introdujeron cambios en la normatividad procesal penal, siendo el más relevante desde mi punto de vista, el cambio de los presupuestos para la determinación de la detención preventiva, donde de manera clara se aprecia la desnaturalización e ilegitimidad de esta medida.

Esto es, se invoca el criterio de habitualidad para su aplicación, con lo cual vemos una clara manifestación del criterio de peligrosidad,

noción criticada de larga data por la comunidad jurídica, haciendo alusión a un derecho penal de autor y determinando en la detención preventiva una finalidad punitiva.

El otro presupuesto que se presenta como criticable es el referido a la excepcionalidad de esta medida, ya que se amplía la posibilidad de aplicar esta medida sobre todo acto que derive en una posible sanción (individual o sumatoria) superior a un año de pena privativa de libertad, con lo cual la gran mayoría de actos delictivos podría ser objeto de detención preventiva.

Motivo por el cual resulta importante para la sociedad y la comunidad jurídica en particular, realizar la investigación y plantearnos la siguiente interrogante: **¿Cuál es la Finalidad de la Detención Preventiva en el Marco de la Vigencia de la Presunción de Inocencia del Imputado en el Proceso Penal Peruano?**

1.2 OBJETIVOS

Objetivo General: Demostrar cuál es la finalidad de la detención preventiva en el Proceso Penal Peruano

Objetivo Específico: Probar que la finalidad punitiva de la detención preventiva deja sin efecto al Principio de Presunción de Inocencia

1.3 JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La presente investigación permitirá dilucidar cuál es la finalidad de la detención preventiva en el Proceso Penal Peruano, de este modo a

³MAIER, JULIO B. J. Derecho Procesal Penal. Tomo I. 2ª Edición. Editores del Puerto SRL. Argentina, Buenos Aires 1999. p. 516

⁴CAFFERATA NORES, José. Introducción al Derecho Procesal Penal. Marcos Lerner - Editora Cordoba. Argentina, Córdoba 1995. pp. 176-177;

⁵CARRARA, Francisco. Programa del Curso de Derecho Criminal. Parte General - Volumen I. Editorial Temis. Colombia, Bogotá 1956. p. 51

⁶LEONE, Giovanni. Tratado de Derecho Procesal Penal II. Editorial Ejea. Argentina, Buenos Aires 1963. p. 260

⁷MANZINI, Vicenzo, Tratado de Derecho Penal. Traducción de Santiago Santis McIendo. Tomo I. 1ª Parte. Teorías Generales. Volumen I. Editorial Ediar. Buenos Aires 1948. p. 108



través de esta investigación podremos saber si esta medida no vulnera o deja sin efecto la vigencia del Principio de Presunción de Inocencia.

La sociedad en relación a la finalidad que se le asigne a la detención preventiva, puede ser objeto de arbitrariedades, ya que se desvirtuaría la situación jurídica de inocente por la de una situación de culpabilidad, tomando como culpable a toda persona sin haber previamente una sentencia condenatoria.

A través del estudio de la finalidad de la detención preventiva, y ésta al tener como límite al Principio de Presunción de Inocencia, podremos determinar si nuestro proceso penal está enmarcado dentro de un Estado Democrático y de Derecho, o sino por el contrario en un estado Autoritario, donde las personas carecen de garantías frente a la imputación de la comisión de un acto delictivo.

Del resultado de la investigación se podrá dejar sentado que el cargar todo el problema de la comisión reiterativa de delitos, a la detención preventiva no hace sino desnaturalizar esta medida, que se constituye en un instrumento procesal, al cual no se le pueden asignar finalidades punitivas o de defensa social.

I.4 HIPÓTESIS

Hipótesis General: La finalidad asignada a la detención preventiva en el proceso penal peruano determina la vigencia del Principio de Presunción de Inocencia.

Hipótesis Específica: La finalidad punitiva de la detención preventiva en el proceso penal peruano deja sin efectos el Principio de Presunción de Inocencia.

II. DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN

CAPITULO I

MARCO HISTÓRICO

I.1 ESTUDIO HISTÓRICO DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Si bien podemos encontrar antecedentes del Principio de Inocencia en el Derecho Romano, especialmente influido por el Cristianismo, este se vio invertido por las prácticas inquisitivas de la Edad Media; sin embargo en la Edad Moderna autores como Hobbes, Montesquieu y Beccaria, rescatan la valoración e importancia del Principio de Presunción de Inocencia, frente a ellos se presenta la oposición de autores como Manzini, Leone, Ferri y Garofalo, todos ellos de la Escuela Positivista Italiana, para quienes este principio carece de sentido mientras exista la detención preventiva.⁸

La presunción de inocencia es afirmado en el Derecho Romano de la última época imperial con el brocardico "satius esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari" (es preferible dejar impune al culpable de un hecho punible que perjudicar a un inocente, en el Digesto, De poenis, Ulpiano, 1, 5).⁹

⁸MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. Presunción de Inocencia y Prisión Preventiva. Traducción de Claudia Chaimovich Guralnik. Editorial Conosur. Chile, Santiago 1995. p. 13.

⁹MANZINI. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo I. Pp. 253 y sgtes. Citado por MAIER, Julio B. J. Op. cit. p. 492



Decidido fue Montesquieu por la protección de los inocentes sin excepción, (...) que fundamentó el nexo entre libertad y seguridad del ciudadano, escribe: *"La libertad política consiste en la seguridad, o al menos en creer que se tiene la seguridad. (...) Por consecuencia, de la bondad de las leyes criminales depende principalmente la libertad del ciudadano"*.¹⁰

Por tanto, podemos afirmar junto con este autor que cuando la inocencia de los ciudadanos no está asegurada, tampoco lo está su libertad.

Giovanni Carmignani fue uno de los primeros clásicos que invocó este principio; en una de sus obras denominada Elementos de Derecho Criminal escribe: "La base de la presunción es lo que acontece a diario, ya que, lo que sucede con mayor frecuencia es que los hombres se abstengan de delinquir, por ello la ley consagra y defiende la presunción de inocencia para todos los ciudadanos".¹¹

Producto de la Ilustración la Declaración Universal de los Derechos y del Ciudadano, en su art. 9º, adoptada por la Asamblea Nacional Constituyente de Francia el 26 de agosto de 1789 y aceptada por el Rey Luis XVI el 5 de octubre de 1789, consagró que: *"Debiendo presumirse todo hombre inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona, debe ser severamente reprimido por la ley"*.¹²

A pesar de esta Declaración de carácter universal se produce el ataque a la postura de los clásicos por parte de la Escuela Positiva Italiana, de notable connotación jurídica en el siglo XIX, cuyos máximos exponentes fueron Rafael Garofalo y Enrico Ferri, quienes en síntesis se refirieron a este principio como una fórmula vacía, absurda, e ilógica".¹³

Manzini, Mortara y Aloisi (seguidores de la escuela positivista italiana), señalan que analizando los efectos de la detención preventiva, el principio de presunción de inocencia es absurdo, puesto que en esencia se trata de una pena anticipada, no bastando los fines procesales para justificar tal medida.¹⁴

Por lo que Manzini sostiene que no hay nada "más tontamente paradójico e irracional" que la presunción de inocencia... pues "la imputación debería constituir, si acaso, una presunción de culpabilidad". Ya que, "si se presume la inocencia del imputado, demanda el buen sentido, ¿por qué procede una prisión contra él?".¹⁵

I.2 ESTUDIO HISTÓRICO DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA

Históricamente, la detención provisional tuvo un carácter excepcional en el derecho romano, fundamentalmente en la época de la república, ya que no se hacía uso de la misma en los casos en que podía ser sustituida con otra medida de garantía, como la fianza, de modo que el sujeto que estaba dispuesto a prestarla no podía en ningún caso, ser encarcelado.¹⁶

¹⁰MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. Op. cit. p. 13.

¹¹CARMIGNANI, Giovanni. Elementos de Derecho Criminal. Editorial Temis. Colombia, Bogotá 1979, p. 208.

¹²PACHECO GÓMEZ, Máximo. Los Derechos Humanos. Documentos Básicos, 2º Edición. Editorial Jurídica de Chile. Chile, Santiago 1987. p. 51.

¹³FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Editorial Trota S.A. España, Madrid 1995. p. 555.

¹⁴VÉLEZ MARICONDE, ALFREDO. Derecho Procesal Penal. Tomo II. 3º Edición. Editorial Marcos Lerner. Argentina, Buenos Aires 1986, p. 37.

¹⁵MANZINI, Vicenzo. Trattato di diritto processuale penale italiano. Volumen I. 6º Edición. Italia, Turín. pp. 226-227. Citado por VÉLEZ MARICONDE, ALFREDO. OP. CIT. p. 37.

¹⁶BARONA VILAR, Silvia. Prisión Provisional y medidas alternativas. 1º Edición. Librería Bosch. España, Barcelona 1988. pp. 15-28



La forma inquisitiva de enjuiciamiento criminal de la Edad Media, fue instrumento eficaz para uno de los postulados de la ideología absolutista, con lo cual el rey o sus representantes disponían arbitrariamente de la libertad de los súbditos, como consecuencia de esto, la detención provisional vino a cumplir una función aflictiva con carácter de ejecución de la pena o incluso de ejemplaridad.¹⁷

Por lo que se puede apreciar que la prisión provisional se convierte en instrumento para someter al imputado a tortura para obtener de él la confesión y también asegurar su presencia en el proceso.

La idea de concebir a la detención preventiva como un instituto propio de la política criminal de un Estado se dio en el siglo XIX y hasta inicios del XX, el cual consistió en atribuirle fines político criminales y determinar hasta que punto esta medida debía ser regulada por la ley o dejarle amplio campo de análisis al juez para determinar tal medida, corresponde a la primera posición a Adolfo Prins y a la segunda, a Franz Von Liszt.¹⁸

Sin embargo, la doctrina italiana clásica ha manifestado mayoritariamente que la prisión provisional se encuentra al servicio de los fines procesales, así tanto Calamandrei como Ferrante consideraban que la prisión provisional tiene como objeto el impedir el alejamiento del imputado asegurando su presencia con finalidad probatoria y la disponibilidad física de la persona de los efectos de la ejecución.¹⁹

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

II.1 PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

II.1.1 La Presunción de Inocencia frente al Ius Puniendi del Estado

Garantizar la libertad del acusado frente al interés colectivo de la represión penal, son expresiones que han causado la controversia doctrinal respecto de la presunción de inocencia; así, el primero término, "presunción", viene del latín *présopmtion* derivación de *praesumptio-ónis*, que significa idea anterior a toda experiencia; el segundo vocablo, "inocencia", procede del latín *innocens* que significa virtuoso, calidad del alma que no ha cometido pecado.²⁰

Por tanto la Presunción de Inocencia no es como muchos sostienen que se trata de algún beneficio a favor del reo o una prebenda legislativa para "favorecerlo", sino muy por el contrario se trata de limitar la actividad sancionatoria del Estado.

De este modo en un Estado Constitucional de derecho es preferible que existan culpables absueltos, pero no se puede tolerar que exista un inocente sufriendo pena.

II.1.2 La Situación Jurídica de Inocente en el Proceso Penal

El proceso penal está para determinar la responsabilidad del imputado sobre la

¹⁷Ibid: VASQUEZ ROSSI, Jorge E. Derecho Procesal Penal. Tomo II. Rubianzal Culzoni Editores. Argentina, Buenos Aires 2004. p. 234

¹⁸CARRARA, Francisco. Op. cit. p. 51

¹⁹BARONAVILAR, Silvia. Op. Cit. pp. 15 - 28

²⁰MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. Op. cit. p. 43.



comisión de tal acto delictivo afirmado en su contra, no para determinar la peligrosidad, toda vez que en el proceso se examinan las imputaciones sobre la base de hechos cometidos y no sobre hechos probables que pudieran producirse, ya que en el proceso se afirma el postulado “no hay pena sin acto realizado”.

El maestro Alberto Binder consagra el derecho a la libertad y la contrapone a la presunción de inocencia al llegar a afirmar incluso que los seres humanos que caminan por las calles no son inocentes, ya que la inocencia es un concepto referencial, que sólo toma sentido cuando existe alguna posibilidad de que esa persona pueda ser culpable, ya que la situación “normal” de los ciudadanos es de “libertad”, la libertad es el ámbito básico de toda persona, independiente sin referencia alguna al derecho o al derecho procesal.²¹

Como consecuencia de regir durante el proceso penal una verdadera y no sólo proclamada presunción de inocencia, todo imputado debe ser tratado como inocente (o, formulado en su aspecto negativo, ningún imputado debe ser tratado como si fuera culpable) durante su tramitación.

II.2 DETENCIÓN PREVENTIVA

II.2.1 Conceptualización de la Detención Preventiva

La detención preventiva es una medida cautelar de carácter “coercitivo, personal y

provisionalísima” y sometida a los principios de legalidad y proporcionalidad.²²

Desde el punto de vista físico significa “el hecho del aprisionamiento y preventiva, tomada no en el sentido de acción encaminada a evitar anticipadamente que un hecho se produzca, sino en su acepción propiamente jurídica y referida a la detención, es decir la que es aplicable a aquel que debe responder de una acusación formulada en su contra”.²³

La detención preventiva tendría las siguientes características: a. es una medida restrictiva de la libertad de carácter preventivo, b. Decretada únicamente por autoridad judicial, c. Prevista legalmente y para casos y delitos igualmente determinados en la norma procesal, d. Que sólo puede decretarse previo el lleno de ciertas exigencias legales y con el cumplimiento de ciertos requisitos probatorios mínimos, e. Su duración es limitada de conformidad con las precisiones legales.²⁴

También se afirma que la detención preventiva pertenece a una esfera diferente de la normativa constitucional, es parte de su excepcionalidad, es el no derecho, la negación del derecho y en concordancia con Giorgio Agamben, quien sostiene que esta medida se sitúa en “una esfera de acción en sí misma extrajurídica”, cuya consecuencia será la de sustraer a la persona “por completo del derecho”.²⁵

Encuentra justificación esta medida porque en relación a una concepción teórica – política se presenta como necesidad de una pronta

²¹BINDER Alberto. Op. cit. p. 121

²²RAMOS MENDEZ, Francisco. El Proceso Penal. Lectura constitucional. 1º Edición. España, Barcelona 1988. pp. 280 y sgtes.; RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. La Detención. AKAL España, Madrid 1987. Pg. 27

²³RODRÍGUEZ RODRIGUEZ, Jesús. La Detención Preventiva y los Derechos Humanos en el Derecho Comparado. UNAM. México, México D.F. 1981. p.15

²⁴SAAVEDRA ROJAS, Edgar. La Detención Preventiva y su crisis (Perspectiva Procesal y Penitenciaria). p. 702. En Estudios Penales, Libro Homenaje al Profesor Luis Alberto Bramont Arias. Editorial San Marcos. Perú, Lima 2003.

²⁵BOVINO, ALBERTO. OP. CIT. p. 115.



reacción del Estado frente al delito y al delincuente, que evite la funesta aparición de la justicia privada, y también como medio para garantizar el desarrollo del proceso penal con la presencia del imputado y con la posterior eventual ejecución de la sentencia.²⁶

II.2.2 Criterios para la aplicación de la Detención Preventiva

La detención preventiva tiene un carácter excepcional toda vez que es una medida cautelar que afecta uno de los derechos más fundamentales que tiene la persona como es la libertad, por lo que esta medida deberá ser aplicada sólo en casos excepcionales donde habiendo otras medidas para asegurar la eficacia del proceso ésta resulta la más idónea.

Para Wilfredo Pedraza le parece vital que un juez al dictar un mandato de detención, no sólo debe evaluar los clásicos requisitos procesales, sino también, el impacto que la medida puede ocasionar en el detenido a partir de sus probables condiciones de reclusión.²⁷

La prisión preventiva presupone, por tratarse de una medida de coerción la más grave en el marco del proceso penal, un cierto grado de desarrollo de la imputación que permita determinar su mérito sustantivo a través de los elementos de prueba recolectados al momento de tomar su decisión.²⁸

José Cafferata Nores, sobre la base común de las extremas cautelas que debe adoptarse para

dictar mandamiento de detención, formula cuatro precisiones que es del caso consignar:²⁹

- a. Que el sistema de regulación de la coerción personal del imputado no admite que el Estado, frente a la mera sospecha de la comisión de un delito, adquiere siempre el derecho de probar de su libertad al sospechoso.
- b. Que el asunto debe plantearse en forma inversa, pues lo que deberá justificarse en cada caso será el derecho del Estado a encarcelar al imputado.
- c. Que por regla, y hasta tanto sea condenado como autor de un delito, el imputado gozará efectivamente del derecho a su libertad personal, y es que sólo excepcionalmente, cuando éste intente abusar de su libertad para frustrar el propósito de afianzar la justicia que persigue el juicio previo, nacerá el derecho del Estado para limitar o restringir su libre locomoción, siempre que tales riesgos no pueden neutralizarse por otros medios menos cruentos.
- d. Que corresponderá al Estado demostrar o la existencia de los peligros que justifiquen la limitación o la restricción de la libertad del imputado, es decir, deberá evidenciar que tiene derecho a encarcelar en el caso concreto, probando que lo contrario significaría tolerar que la justicia fuera burlada.

²⁶ SAAVEDRA ROJAS, Edgar. Op. Cit. p. 701

²⁷ PEDRAZA SIERRA, Wilfredo. El Mandato de Detención más allá de los requisitos formales. En Gaceta Jurídica. Legal Express. N° 73. Año 7. Perú, Lima - Enero 2007. p. 18.

²⁸ MAIER, Julio B.J. Cuestiones fundamentales sobre la Libertad del Imputado. Editorial Lerner. Argentina, Buenos Aires 1981. p. 19

²⁹ CAFFERATA NORES, José. Op. cit. pp. 176-177



II.2.3 Finalidades de la Detención Preventiva

A. Finalidad Procesal

Una de las grandes corrientes de legitimación de la detención preventiva —la de mayor aceptación en el plano teórico— es la “procesalista”, que encuentra la justificación del instituto en la necesidad de “asegurar la realización del proceso”, evitando la existencia del “peligro procesal”, el cual se exterioriza con el “peligro de fuga” y con la posibilidad del “entorpecimiento probatorio”.

Es la posición más dominante, aquella que afirma que el mandato de detención tendría por objeto asegurar el cumplimiento y la ejecución de la sentencia, como lo expresa Creus al referirse a la “detención provisional” en el Derecho Procesal Penal Argentino y César San Martín Castro, entre nosotros.³⁰

El derecho a la cautela o al aseguramiento de la tutela plena de la sentencia es un puro derecho procesal. En definitiva, es un derecho frente al Estado por el que se pide que se asegure la plena efectividad de la futura sentencia durante el tiempo que se tarde en tramitar el proceso.³¹

Sin embargo, Alberto Binder afirma que no se puede aceptar la finalidad del “entorpecimiento probatorio” para justificarla ya que el Estado cuenta con innumerables medios para evitar la eventual acción del imputado y además, es difícil creer que el imputado puede producir por

sí sólo más daño a la investigación que el que puede evitar el Estado con todo su aparato de investigación.³²

Los partidarios de la tesis procesal consideran legítimo que la prisión preventiva pueda ser dispuesta en última instancia, cuando existan pruebas de la existencia del hecho y la participación del acusado, si fundamentalmente ninguna otra medida permitiera asegurar los fines procesales de resguardar la producción de la prueba y asegurar la aplicación de la ley penal.³³

Sin embargo, siempre en forma limitada en el tiempo y condicionada a la subsistencia del interés que justificó su adopción y en todo caso no puede irrogar un padecimiento equivalente al de la pena de prisión”, puesto que la determinación de la detención preventiva no hace sino determinar la vigencia de un Estado Democrático y de Derecho.³⁴

HASSEMER ha sostenido, entre muchos otros, que la prisión preventiva es compatible con la presunción de inocencia en tanto su dictado solo asegure el procedimiento y la ejecución de la eventual pena.

Afirma que sólo quien lucha contra la criminalidad prematuramente por medio de la prisión preventiva no respeta el principio de inocencia, porque para ello debe suponer que se encuentra firme un presupuesto del derecho penal material: la culpabilidad del afectado.³⁵

³⁰SAN MARTÍN CASTRO, Cesar. Op. Cit. p. 819

³¹SAN MARTÍN CASTRO, Cesar. Op. Cit. p. 782

³²BINDER Alberto. Introducción al Derecho Procesal penal. Ad Hoc. Argentina, Buenos Aires 1993. p. 199

³³MAIER, JULIO B. J. Op. cit. p. 516

³⁴HASSEMER, WINFRIED. Crítica al derecho penal de hoy. Ad Hoc. Argentina, Buenos Aires 1998. pp. 118 y 119.

³⁵Ibid.



Cafferata Nores comparte la concepción procesalista del encarcelamiento preventivo, porque cree que es el mensaje más comprensible de resistencia frente a una cultura jurídica crecientemente autoritaria, que lo concibe como un gesto punitivo ejemplar e inmediato fundado en la mera sospecha o en la íntima convicción de los funcionarios judiciales sobre la participación del imputado en un delito.³⁶

El estado de inocencia se conmueve y tambalea ante la presencia de la detención preventiva, razón por la cual sólo puede ser concebida con carácter estrictamente cautelar y por el tiempo indispensable para asegurar los fines del proceso, so riesgo de convertirse, como de hecho sucede en la actualidad, en un verdadero adelanto de pena sin sentencia.

B. Finalidad Punitiva

La finalidad punitiva de la detención preventiva no hace más que convertirla en un poder real del Estado, de reprimir bajo la justificante del *ius puniendi*, de cuyo ejercicio resultan múltiples posibilidades de desconocer el orden jurídico si las garantías constitucional y legalmente previstas no son lo bastante vigorosas y si no son utilizadas liberal y democráticamente con la frecuencia que ello sea necesario, para proteger los derechos fundamentales de quienes se encuentran privados de la libertad por cuenta del Estado.³⁷

Tras cualquier intento por fundamentar la legitimidad de la medida de detención, lo que realmente existe es el razonado temor e

inseguridad que genera la criminalidad para la sociedad; la medida de detención no es más que una respuesta del sistema penal frente a la potencialidad delictiva del imputado; tras cualquier fundamento que pretenda dar legitimidad a la medida, no hay más que un intento por lograr la seguridad social.³⁸

Hay autores como Giovanni Leone, quien sostiene que las finalidades que se le pueden asignar a la detención preventiva son: la coerción procesal, garantía en orden a la ejecución de la pena y prevención especial, que desde mi punto de vista la tercera finalidad, estaría convirtiendo a esta medida en una pena anticipada.³⁹

El atribuirle a la detención preventiva el carácter de una medida de Defensa Social significaría que el propio Estado adquiriese un derecho subjetivo que le permita no sólo ser parte en el proceso penal sino hasta actuar como juez y parte, con lo cual el proceso penal sería un absurdo.⁴⁰

Se pondría en práctica el adagio “*salus populi suprema lex*” (la salud pública es la ley suprema), por lo que a través de esta afirmación se podría legitimar la prisión preventiva como una herramienta sumamente eficaz.

Por tanto, de lo anterior manifestado la detención preventiva se vincularía al análisis de las circunstancias del hecho, entendidas por la práctica judicial como referida al hecho de que la forma o manera de la comisión del ilícito penal, por su especial violencia u otras circunstancias anormales que confluyan en su

³⁶CAFFERATA NORES, José I. *Cuestiones actuales sobre el Proceso Penal*. Editores del Puerto. Argentina, Buenos Aires 1998, p. 192

³⁷SAAVEDREROJAS, Edgar. *Op. Cit.* p. 700.

³⁸VÁSQUEZ VÁSQUEZ, Marlio. *El Mandato de Detención según la Ley N° 27226*. En *Gaceta Jurídica*. Gaceta Jurídica Editores, Tomo 78 – B. Perú, Lima 2000, p. 30.

³⁹LEONE, Giovanni, *Op. cit.* p. 260

⁴⁰MANZINI, Vincenzo, *Op. cit.* p. 108



realización, revelen una virtual peligrosidad del imputado de forma tal que la no adopción de la medida cautelar supondría el riesgo de una posible reiteración delictiva por parte de la misma persona.⁴¹

La realidad demuestra que la medida de privación de libertad, de naturaleza cautelar, se ha puesto también al servicio de estos fines: la satisfacción de un sentimiento colectivo de indignación, venganza o inseguridad (medida de prevención general en el sentido de que pretende dar ejemplaridad de la acción de la justicia, tanto para tranquilizar a la sociedad como amedrentar a los posibles delincuentes) y la prevención de posibles delitos futuros cometidos por el inculcado (prevención especial).

CAPÍTULO III

MARCO NORMATIVO

ANÁLISIS DE LOS PRESUPUESTOS DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA

El art. 135 del Código Procesal Penal de 1991, siguiendo la fuente germana, reconoce dos presupuestos materiales: a. *Fumus boni iuris*, existencia de suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito doloso que vincule al imputado como autor o participe del mismo;

b. *Periculum in mora*, que la sanción o sumatoria de sanciones a imponerse sea superior a un año de pena privativa de la libertad y que el imputado, en razón de sus antecedentes y otras circunstancias, tratase de evadir la acción de la justicia o perturbar la actividad probatoria.⁴²

III.1 *Fumus Boni Iuris*

Significa la razonada atribución del hecho punible al imputado, consta de dos reglas, una objetiva y otra subjetiva.⁴³

La primera regla exige constancia en el procedimiento, específicamente en los recaudos acompañados por el Fiscal, de la existencia de un hecho punible. Se trata de tener acreditados los aspectos objetivos del delito, los que han de ofrecer plena seguridad sobre su existencia.

La segunda regla consiste en un juicio de verosimilitud de la imputación.

Exige por tanto, la presencia de elementos probatorios que vinculen al imputado con el delito denunciado. Comprende los aspectos fácticos y jurídicos insitos en la atribución del delito a una persona determinada.

⁴¹ASENCIO MELLADO, José María. *La Prisión Provisional*. Editorial Civitas. España, Madrid 1987. p. 80

⁴²Sobre la base del artículo 135 del Código Procesal Penal de 1991 y con la última modificación sobre el apartado "b" de la Ley 28726 se señala lo siguiente:

El juez puede dictar mandato de detención si atendiendo a los primeros recaudos acompañados por el Fiscal Provincial sea posible determinar:

a. Que existen suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito doloso que vincule al imputado como autor o participe del mismo.

No constituye elemento probatorio suficiente la condición de miembro de directorio, gerente, socio, accionista, directivo o asociado cuando el delito imputado se haya cometido en el ejercicio de una actividad realizada por una persona jurídica de derecho privado.

b. Que la sanción a imponerse o la suma de ellas sea superior a un año de pena privativa de libertad o que existan elementos probatorios sobre la habitualidad del agente al delito; y

c. Que existen suficientes probatorios para concluir que el imputado intenta eludir la acción de la justicia o perturbar la actividad probatoria. No constituye criterio suficiente para establecer la intención de eludir a la justicia, la pena prevista en la ley para el delito que se le imputa.

⁴³SAN MARTÍN CASTRO, César. *Op. cit.* p. 823 - 824



III.2 Periculum In Mora

Significa la existencia de un daño derivado del procedimiento, el cual está determinado por dos peligros: de fuga y del desarrollo del proceso (implicaría la actuación de la actividad probatoria), para lo cual se expresan dos reglas: La primera regla traduce una preocupación en esencia de determinar un límite cuantitativo respecto de la presumible pena a imponer, partir de la cual se pudiera pensar que el sujeto preferiría sustraerse al proceso que tener que soportar la futura pena, por lo cual hay el riesgo de no contar con la presencia del imputado en el desarrollo del proceso y de evadirse la ejecución de la sentencia.⁴⁴

Gómez Colomer ratifica la adscripción de esta tesis por parte de la jurisprudencia constitucional española y es contundente al afirmar que "... la penalidad no puede ser tenida en cuenta ni automática ni exclusivamente a la hora de decretar la detención judicial o confirmar su mantenimiento".⁴⁵

La segunda regla se vincula a un criterio esencialmente subjetivo y reconoce un amplio margen de discrecionalidad al juez. Está ligado al peligrosismo procesal (desarrollo del proceso y por consiguiente actividad probatoria) y, es la regla más importante y que fundamenta la legitimidad de la detención judicial.⁴⁶

En base a las dos reglas en mención, se hace necesario para la determinación de la detención preventiva lo siguiente:

Son datos relevantes, que el juez debe valorar, la posibilidad de huir al extranjero del imputado; su arraigo en el país, su carácter y moralidad; y su profesión, domicilio, recursos y lazos familiares.

Esos datos permitirían obtener una presunción de incomparecencia al proceso y de esta forma alejar el criterio de la gravedad de la presunta pena a imponer, como supuesto para la determinación de la medida.

La gravedad de la pena no basta por sí sola para probar el peligro de fuga, sino que debe conjugarse con toda una serie de circunstancias que coinciden con las arriba expresadas.

Por desgracia nuestra normatividad procesal penal en su última modificación sobre esta institución introdujo el criterio de habitualidad, con lo cual hablamos de un derecho penal de autor, desnaturalizando la noción fundamental de un derecho penal de acto propio de un Estado de Derecho.

También es importante mencionar que la modificatoria afectó el carácter excepcional de esta medida, puesto que le proporciona al operador jurídico un criterio mínimo para determinar la prognosis de pena, ya que puede aplicarse esta medida sobre hechos imputados que tengan una sanción de un año de pena privativa de libertad (incluso hasta la sumatoria de sanciones).

Con lo cual esta medida sería aplicada a todo tipo de delitos puesto que en el código penal la gran mayoría de tipos penales tiene consignada una penalidad de un año e incluso hasta con la sumatoria de penas se podría llegar al mínimo señalado por la ley, con lo cual toda imputación de una acción típica sería objeto de aplicación de la detención preventiva, con lo cual el principio de excepcionalidad deja de tener sentido.

⁴⁴Ibid.

⁴⁵GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. Constitución y proceso penal. Editorial Tecnos. España, Madrid 1996. pp. 147 - 148. Citado por Ibid.46

⁴⁶SAN MARTÍN CASTRO, César. Op. cit. p. 823 - 824



CAPÍTULO IV RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA:

¿CUÁL ES LA FINALIDAD DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA EN EL MARCO DE LA VIGENCIA DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA DEL IMPUTADO EN EL PROCESO PENAL PERUANO?

Es importante hacer el análisis de la finalidad de la Pena desde sus 3 finalidades discutidas en la doctrina, las cuales serían: la retribución, como un mal impuesto al infractor, que se merece por la realización de un acto contrario al ordenamiento jurídico; la prevención general, como intento del orden jurídico de colocar un "contra normativo" para la decisión de delinquir, hacia la sociedad, como forma de mantener vigentes ciertos valores jurídico - sociales; y la prevención especial, referida a la sanción aplicada sobre el infractor de la norma penal, con el fin de que no vuelva a delinquir. En base a lo afirmado, se puede decir que estas finalidades no pueden ser asignadas a la detención preventiva, toda vez que, la situación jurídica de un individuo frente a cualquier imputación es la de un inocente.

Mientras no se declare formalmente su culpabilidad, ninguna finalidad propia de la pena le puede ser aplicada e incluso con prescindencia de la imputación sobre su persona por el hecho delictivo o por la habitualidad delictiva que representa su accionar (no tomando como sustento el de constituirse en medio de defensa de la sociedad frente a la gravedad del hecho delictivo o de evitar la de la habitualidad de delitos por parte del imputado).

Por tanto repugna al Estado Democrático y de

Derecho, previsto en nuestro Carta Fundamental, anticipar una pena al imputado durante el procedimiento de persecución penal, sobre la base de la vigencia del Principio de la Presunción de Inocencia, que tomando las palabras de Julio B. J. Maier⁴⁷, "es través de la vigencia de este principio en el proceso penal, que se juzga si estamos o no en un Estado de Democrático y de Derecho".

En el Perú por desgracia la detención preventiva perdió su carácter excepcional, puesto que normativamente se ha generalizado su aplicación, puesto que todo hecho delictivo que pudiera conllevar a una sanción o sumatoria de sanciones de más de un año de pena privativa de libertad sobre el imputado, podría ser objeto de esta medida (minimum de prognosis de pena).

También se ha introducido el criterio de habitualidad (derecho penal de autor y además atentario al Principio Non Bis In Idem), puesto que se toma un hecho ya sancionado para imponer esta medida restrictiva de libertad y además se parte de una incertidumbre para aplicarla, aspecto que no puede ser asumido por el derecho procesal penal, que no puede evaluar "probabilidades" sino sobre "hechos concretos", con lo cual la finalidad de esta medida estaría residiendo en el cumplimiento de los fines preventivo - generales y especiales, fines atribuidos a la pena.

Finalmente puedo decir que si la historia de las penas es una historia de horrores, la historia de los juicios es una historia de errores; y no sólo de errores, sino también de sufrimientos y vejaciones, y cada vez que en el proceso se ha hecho uso de medidas instructoras directamente aflictivas (como lo sería de

⁴⁷MAIER, JULIO B. J. Op. cit. p. 516



manera clara la detención preventiva), desde la tortura hasta el abuso moderno de la detención preventiva, hace suponer que cualquier persona imputada por la comisión de un delito es presa de la mano de la injusticia y la arbitrariedad.

Por desgracia la normatividad referida a la detención preventiva actualmente en el Perú, deja sin sentido el Principio de la Presunción de Inocencia, puesto que niega la única finalidad legitimadora de la detención preventiva (como lo sería la finalidad procesal), y por tanto en materia procesal penal estamos inmersos dentro de un Estado de Arbitrariedad, donde el imputado no tiene garantías, por vulnerarse de manera clara este Principio, madre de toda garantía procesal penal.

CONCLUSIONES

1. Si bien podemos encontrar antecedentes del Principio de Inocencia en el Derecho Romano, especialmente influido por el Cristianismo, este se vio invertido por las prácticas inquisitivas de la Edad Media.
2. La idea de concebir a la detención preventiva como un instituto propio de la política criminal de un Estado se dio en el siglo XIX y hasta inicios del XX.
3. Algunos juristas perciben al Principio de Presunción de Inocencia como una garantía procesal, que establece la calidad jurídica de no culpable penalmente, inherente a la persona humana y condición de derecho que se tiene frente al *ius puniendi*.
4. La inocencia es general, la culpa es concreta. Se es generalmente inocente y concretamente culpable.
5. La detención preventiva es pues una medida cautelar de carácter "coercitivo, personal y provisionalísima" y sometida a los principios de legalidad y excepcionalidad.
6. El estado de inocencia se conmueve y tambalea ante la presencia de la detención preventiva, razón por la cual sólo puede ser concebida con una finalidad estrictamente cautelar - procesal, so riesgo de convertirse, como de hecho sucede en la actualidad, en un verdadero adelanto de pena sin sentencia.
7. Tras cualquier intento por fundamentar la legitimidad de la detención preventiva, lo que realmente existe es el razonado temor e inseguridad que genera la criminalidad para la sociedad, convirtiéndose en una respuesta del sistema penal frente a la potencialidad delictiva del imputado.
8. La asignación a la detención preventiva de fines no procesales por motivos de defensa social o control de conductas delictivas colocaría al imputado en una situación ya de culpabilidad.
9. Por desgracia nuestra normatividad procesal penal introdujo el presupuesto de la habitualidad, con lo cual hablamos de un derecho penal de autor, desnaturalizando la noción fundamental de un derecho penal de acto, propio de un Estado de Derecho.
10. Es también triste afirmar que en el Perú la detención preventiva tiene las mismas consecuencias atribuidas a la pena privativa de la libertad, ya que no hay ningún tipo de distinción entre condenados y procesados, todos sufren las mismas consecuencias propias de nuestros centros penitenciarios.
11. La normatividad referida a la detención preventiva actualmente deja sin sentido el principio de presunción de inocencia, niega la única finalidad legitimadora de la detención preventiva, como lo es la procesal, y por tanto en materia procesal penal estamos inmersos dentro de un Estado de Arbitrariedad, donde el imputado no tiene garantías sino sufre arbitrariedades.



BIBLIOGRAFÍA

1. ASECIO MELLADO, José María. La Prisión Provisional. Editorial Civitas. España, Madrid 1987.
2. BARONA VILAR, Silvia. Prisión Provisional y medidas alternativas. 1º Edición. Librería Bosch. España, Barcelona 1988.
3. BINDER Alberto. Introducción al Derecho Procesal Penal. Ad Hoc. Argentina, Buenos Aires 1993.
4. CAFFERATA NORES, José I. Cuestiones actuales sobre el Proceso Penal. Editores del Puerto. Argentina, Buenos Aires 1998.
5. CAFFERATA NORES, José. Introducción al Derecho Procesal Penal. Marcos Lerner - Editora Cordoba. Argentina, Cordoba 1995.
6. CARMIGNANI, Giovanni. Elementos de Derecho Criminal. Editorial Temis. Colombia, Bogotá 1979
7. CARRARA, Francisco. Programa del Curso de Derecho Criminal. Parte General - Volumen I. Editorial Temis. Colombia, Bogotá 1956.
8. FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Editorial Trota S.A. España, Madrid 1995.
9. HASSEMER, WINFRIED. Crítica al derecho penal de hoy. Ad Hoc. Argentina, Buenos Aires 1998.
10. LEONE, Giovanni, Tratado de Derecho Procesal Penal II. Editorial Ejea. Argentina, Buenos Aires 1963.
11. MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. Presunción de Inocencia y Prisión Preventiva. Traducción de Claudia Chaimovich Guralnik. Editorial Conosur. Chile, Santiago 1995.
12. MAIER, Julio B. J. Derecho Procesal Penal - Fundamentos. Tomo I. 2º Edición. Editores del Puerto SRL. Buenos Aires 1999.
13. MAIER, Julio B.J. Cuestiones fundamentales sobre la Libertad del Imputado. Editorial Lerner. Argentina, Buenos Aires 1981.
14. MANZINI, Vicenzo, Tratado de Derecho Penal. Traducción de Santiago Santis Melendo. Tomo I. 1º Parte. Teorías Generales. Volumen 1. Editorial Ediar. Buenos Aires 1948.
15. PACHECO GÓMEZ, Máximo. Los Derechos Humanos. Documentos Básicos. 2º Edición. Editorial Jurídica de Chile. Chile, Santiago 1987.
16. PEDRAZA SIERRA, Wilfredo. El Mandato de Detención más allá de los requisitos formales. En Gaceta Jurídica. Legal Express. N° 73. Año 7. Perú, Lima - Enero 2007.
17. RAMOS MENDEZ, Francisco. El Proceso Penal. Lectura constitucional. 1º Edición. España, Barcelona 1988.
18. RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. La Detención. AKAL España, Madrid 1987.
19. RODRÍGUEZ RODRIGUEZ, Jesús. La Detención Preventiva y los Derechos Humanos en el Derecho Comparado. UNAM. México, México D.F. 1981.
20. SAAVEDRA ROJAS, Edgar. La Detención Preventiva y su crisis (Perspectiva Procesal y Penitenciaria). En Estudios Penales, Libro Homenaje al Profesor Luis Alberto Bramont Arias. Editorial San Marcos. Perú, Lima 2003.
21. SAN MARTÍN CASTRO, César. SAN MARTÍN CASTRO Cesar. Derecho Procesal Penal. Volumen II. Editorial Grijley. Perú, Lima 1999.
22. VASQUEZ ROSSI, Jorge E. Derecho Procesal Penal. Tomo II. Rubianzal Culzoni Editores. Argentina, Buenos Aires 2004.
23. VÁSQUEZ VÁSQUEZ, Marlio. El Mandato de Detención según la Ley N° 27226. En Gaceta Jurídica. Gaceta Jurídica Editores. Tomo 78 - B. Perú, Lima 2000.
24. VÉLEZ MARICONDE, ALFREDO. Derecho Procesal Penal. Tomo II. 3º Edición. Editorial Marcos Lerner. Argentina, Buenos Aires 1986.